Def. Doc. No. 3037

DEFENSE SUMMATION

on

PERSONAL RESPONSIBILITY



MUSANO, Hyoichiro OKAMOTO, Toshio

DEFENSE SUMMATION ON PERSONAL RESPONSIBILITY

Mr. President and Members of the Tribunal,

1. The object of this summation is to analyze the alleged criminal responsibility of all the defendants from the point of view of modern criminal law.

The Chief Prosecutor said in his opening statement as follows:

"Since the usual definition of murder in civilized countries is the <u>intentional</u> killing of a human being without legal justification, we should perhaps see what constitutes legal justification. This justification is usually limited to the defense of one's person or property or, perhaps, in the case of an execution, that he was merely carrying out the order of a properly constituted court.

The question of legal justification is, of course, important, but such can be understood only when the question of "intention" is taken into consideration at the same time. Unfortunately, however, the Chief Prosecutor left the latter entirely out of his discourse, as if the criminality of the defendants' intention is taken for granted.

2. Even in the case where an act has come within the purview of certain conditions dofining a crime and was done without any cause of logal justification, montioned by the Chief Prosecutor, still the person who committed the act will incur no criminal responsibility, unless

⁽¹⁾ Tr. 425

· Trin &

400.0

three more requirements are fulfilled: that is,

(a) he has been mentally competent to take such
responsibility. (b) the act was committed with
criminal intent (as a rule) or through criminal
negligence (in exceptional cases), and (c) there
existed, at the time of commission of the act, a
possibility of expecting him not to commit such an
act. I shall hereunder consider the said three requirements seriatim.

3. In reference to the defendants in the present trial, it will not be necessary to dwell upon their mental competency to take responsibility for their acts, except the case of OKAWA. There is no doubt that each of them has had "the competency to discern the illegality of his conduct or to set according to his discernment of illegality of the conduct". (2)

4. As to criminal intent and negligence, Professor Sayer deplores in his treatise on "Mens Rea":

"It is almost hopeless to give an accurate definition of the term mens rea because of the diversity of its construction in judicial decisions and theories." (3)

In view of this remark, I wish, first of all, to determine the basis of my argument by briefly reviewing legislations of those countries which have adopted the most up-to-date principles of criminal law.

5. Article 38 of the present Japanese Criminal Code provides in Paragraph 1.

⁽²⁾ Article 10, Swiss Criminal Code (3) Sayer: "Mons Rea", Harvard Law Roview, Vol. 45, 1931-32, p. 974.

"No act done without <u>eriminal intent</u> shall be punished, except in the case where it is otherwise provided specifically by law."

Paragraph 3 of the same article reads:

"Ignorance of law eannot be invoked to establish
the absence of criminal intent, but the punishment
may be reduced in consideration of the extenuating
circumstances."

The said Paragraph 1 is the codification of the maxim: "Actus non facit roum nisi mens sit rea", while the said Paragraph 3 is the embodiment of the saying:

"Ignorantia juris non excusat." Moreover, the said > Paragraph 1 is derived from Article 77.

Paragraph 1, of the old Japanese Criminal Code, which was almost similar in the wording, and the said Paragraph 3 is a modification of Article 77. Paragraph 4, of the old code.

(5) Since Article 77 of the old code provided in the case where he committed a crime without knowing the facts which constitute the crime", the term "criminal intent" has been construed by the majority of judicial decisions as "knowledge of facts which constitute a crime".

^{(4) &}quot;No act done without criminal intent shall be punished, except in the case where its punishment is provided specifically by law or regulations."

^{(5) &}quot;Ignorance of law or regulations cannot be invoked to establish the absonce of criminal intent."

Dof. Doc. No. 3037

According to this interpretation, criminal intent is established where the person in question knew the facts which constituted the crime, i. e., his act and the natural and probable consequence thereof, but, when such knowledge is once proved, it is not necessary to further enquire whether or not he was aware of he illegality of his act. As the result of this interpretation also, mistake of fact is sharply divided from mistake of law. In the former case, criminal intent is entirely precluded. In the letter case, while mistake of criminal law does not preclude criminal intent, mistake of non-criminal law does so proclude, on the presumption that mistake of non-criminal law is nothing but mistake of fact. For illustration of this interpretation, a judgment of the Japanese Supreme Court is quoted as follows:

"When a person destroyed the seal and markings of attachment affixed to an attached object in the mistaken belief that the attachment had lost its effect by his payment of debt, his intention to commit the crime (of Article 96 of the Criminal Code) is precluded." (6)

The line above-mentioned case, there is no doubt that the act was committed by mistake of civil law. Can we, however, so hastily conclude as to say that the act was done without knowledge of the facts which constitute the crime? Is it not more natural to construe that criminal intent is precluded, not because mistake of civil law has brought about ignorance of facts which constitute the

, ew

⁽⁶⁾ Judgment of Fob. 22, 1926, by the Second Criminal Division, Supreme Court. Report, Criminal, Vol. v.p. 97.

knowledge of such facts, mistake of civil law has amounted to ignorance of illegality of his act?

8. Professor Hefter of the Zurich University, after discussing the theories and judicial decisions in Switzerland upon the subject of criminal intent, remarks as follows:

"Illegality is the essential element in the conception of crime. It does not matter whether it is expressly stated as legal constituent of each crime. If we couple this principle with another that criminal intent must be related with every factor of a crime, we cannot but arrive at the conclusion that the criminal must be conscious of the illogality of his action. To dony this is to surrendor to the tyranical force which belittles mistake of law. In this connection, a brief explanation will be required. Consciousness of illegality of one's act does not mean the knowledge of his acting contrary to certain provisions of law. - - - - It is quite unnecessary that he should be aware of any particular norm of criminal law. It is necessary, however, that his idea as layman. i. o. his sonse of law, should inform him that he is committing an act which is not permissible. --- Only when a person has such consciousness of illogality, may he be adjudged guilty on the ground that his act was done with eriminal intent. The axiom of no punishment without responsibility

140 4 . 14

crime, but because, in spite of the offender's knowledge of such facts, mistake of civil law has amounted to ignorance of illegality of his act?

8. Professor Hafter of the Zurich University, after discussing the theories and judicial decisions in Switzerland upon the subject of criminal intent, remarks as follows:

"Illegality is the essential element in the conception of crime. It does not matter whether it is expressly stated as legal constituent of each crime. If we couple this principle with another that criminal intent must be related with every factor of a crime, we cannot but arrive at the conclusion that the criminal must be consaious of the illogality of his action. To dony this is to surrender to the tyranical force which belittles mistake of law. In this connection, a brief explanation will be required. Consciousness of illegality of one's act does not mean the knowledge of his acting contrary to certain provisions of law. - - - - It is quite unnecessary that he should be aware of any particular norm of criminal law. It is necessary, however, that his idea as layman, i. G. his sonse of law. should inform him that he is committing an act which is not permissible. - - - Only when a person has such consciousness of illogality, may he be adjudged guilty on the ground that his act was done with eriminal intent. The axiom of no punishment without responsibility

THE TOTAL

demands this. Though it will seldom happen in the commission of a crime, in the case where a person had no knowledge of his act being contrary to his duty and not permissible and where the impossibility of having such knowledge is actually proved in consideration of his whole personality, it is a shame to adjudge him guilty, however light the punishment may be." (7)

Professor Hafter further contends:

"All attempts are futile to make distinction between mistake of fact and mistake of law. Much more so, between mistake of criminal law and mistake of non-criminal law. It is too difficult to draw a line between the two. From the viewpoint of criminal responsibility, mistake as to the criminal nature of one's act must be taken into consideration. In the case where an abductor did not know the age of the abducted girl, or where a person was not aware of the fact that he was harboring a murderer, or whore a school teacher mistakenly exercised his right of diseipline, - - no criminal intent should be recognized, if his bona fides is proved boyond reasonable doubt. Cu the other hand, we need not consider his mistake in the punishability of his act, or its legal nature, e.g. whether larcony or embozzlement, or the degree or conditions of punishment, or the existence of certain requirements of logal proceedings, etc.

⁽⁷⁾ Hafter: "Lohrbuch des Schweizerischen Strafrochts", allg. teil. 1926. S. 117. S. 118.
(8) Hafter: Op. Cit. S. 184.

10. The above-mentioned case of abduction will be illustrated by R. V. Prince of 1875 in England. Prince had abducted from her father a girl under the age of sixteen; but in the belief, on adequate grounds, that she was eighteen, in which case the abduction would not have been a crime. The great majority of the judges agreed, however, in the view that "on intention to do anything that is wrong logally", even as a more civil tort and not as a crime at all, would be a sufficient mens rea. Some judges went even beyond this; laying down a view, according to which there is a sufficient mens rea wherever there is "an intention to do mything that is wrong morally", even though legally it be quite innocent, both criminally and civilly. (9) Although Professor Sayer criticizes this case as having confused and unsettled the law more than any other upon tho subject. (10) can we not interpret the said opinions of the English judges as their recognition of the knowledge of illegality to be the essential factor of mons rea?

⁽⁹⁾ Konny: "Outlines of Criminal Law", 14th Ed., 1933. pp. 41-42.

⁽¹⁰⁾ Sayor: Op, Cit. p. 1025

11. This idea will become more clear, if we look into the question of negligence. According to Professor Kenny. "the mere fact that there was some degree of negligence on the parent's part will not suffice. There must be a wicked negligence, a negligence so great as to satisfy a jury that the prisoner did not care whether the child died or not." He remarks further that "when motorists are sued in civil actions for negligence. the verdict is usually against them. but is rarely so in prosecutions of them for manslaughter. There must be a wicked negligence - such disregard for the life and safety of others as to deserve punishment." It follows, therefore, that negligence, nunishable under criminal law. is not a simple carelessness, but must be wicked or blameworthy. In this sense, it may be said that the difference between criminal intent and criminal negligence is only a matter of degree of knowledge of illegality. 12. In my submission, the above-mentioned views of the English jurists are the positive side of a principle of the modern criminal law, that is to say, that mens rea should be determined by the presence of knowledge of illegality: while the said ominion expressed by Professor Hafter forms the negative side of the same principle, that is to say, that mens rea will be precluded in the absence of knowledge of illegality. If we read again, with this consideration in mind, the maxim of Ignorantia juris non excusat, will meant (a) a person shall be numished for his act, if he was aware of the illegality of his act, in spite of his ignorance of law, (b) even in the case where he was not awere of the illegality of his act, he shall be nunished. if he was negligent in having been unaware of the illegality

⁽¹¹⁾ Kenny: Op. Cit., p. 122 (12) Japanese Criminal Code, Article 38, Paragraph 3.

of his act and if such negligence is blameworthy, and (c) in the case where he was not negligent or, if negligent, not sufficiently blameworthy for such negligence in having been unaware of the illegality of his act, he shall not be punished, even though he had knowledge of the facts which constitute a crime.

13. Professor Radin remarks as follows:

"Mens rea in English law was never held to mean that ignorance of criminal law was an excuse. In the German common law down to the end of the 19th century, the rule was error juris non excusat. Under the influence of Fenerback, the excuse was later actually admitted for several decades with the result that there set in a sharn reaction, which has restored the old rule in modern German law. In France, exceptions are made in very unusual circumstances. The Norwegian Gode, however, provides that where there is a mistake of law the punishment may be decreased or even abrogated altogether. In fact, many of the continental theoriets are in favor of abrogating or at least modifying the generally preveiling old rule, and some of the recent drafts of penal codes provide for milder punishment."

14. In stating this. Professor Radin must have had in mind the draft of the Swiss Criminal Code in 1918. However, almost every legislation of the later date provides that mistake of illegality may be the ground not only for the reduction but for the exemption of punishment. It is true that Article 18 of the said Swiss draft recognized only mitigation in the case of mistake of illegality. But

⁽¹³⁾ Radin: "Intent" in Seligmen's Encyclopsedia of the Social Sciences, Vol. VIII, p. 129.

^{(14) &}quot;If a person committed a crime in the belief that he had a right to do the act, punishment may be reduced."

the actual Criminal Code, promulgated in 1937, provides in Article 20 as follows:

"Where a person committed an act with a good reason to believe that he had a right to do the act, punishment may be reduced or remitted at the discretion of the judge."

15. Looking back to the Chinese Tentative Criminal Law which existed prior to 1928, Article 13, Paragraph 2, provided as follows:

"Ignorance of law cannot be invoked to establish the absence of <u>criminal intent</u>, but punishment may be mitigated by one or two degrees in consideration of the extenuating circumstances."

The above was amended by the old Criminal Code of 1928, Article 28 of which read as follows:

"Ignorance of law shall not discharge any person from criminal responsibility; provided however that punishment may be reduced by one half in consideration of the extenuating circumstances."

Now, the present Chinese Criminal Code, which has come into force since 1935, provides in Article 16 as follows:

"Ignorance of law shall not discharge any person from criminal responsibility; provided however that punishment may be reduced in consideration of the extenuating circumstances. In the case where a person believed that his act was permissible by law and where there was a good reason for him so to believe, punishment may be remitted."

(15) This Article 20 of the Swiss Criminal Code follows literally the provisions of Article 17 of the Swiss Military Ciminal Law of 1927. Def. Doc. 3037

The above changes in Chinese law clearly demonstrate the gradual transition from the formal interpretation of ignorance of law to the real understanding of the principle of non-cognizance of illegality.

16. The reason why I have in the above discussed at length this rather elementary principle of criminal law is because Professor Kenny maintains that a mistake of law, even though inevitable, is not allowed in England afford any excuse for crime. He states:

"The utmost effect it can ever have is that it may occasionally, like drunkenness, rebut the existence of the peculiar form of mens rea which some particular kind of crime may require. Thus larceny can only be committed when a thing is stolen without even the appearance of right to take it; and, accordingly, a bona fide and reasonable mistake, even though it be of law — like that of a woman who gleans corn in a village where it is the practice to do so — will afford a sufficient defense. Similarly a mortgagor who, under an invalid but bona fide claim of right, damages the fixtures in the house which he has mortgaged, will not be guilty of 'malicious' damage. Apart, however, from such exceptional offences, the rule which ignores mistakes of law is applied with (16) rigour."

17. On the other hand, he remarks:

"But I know of no reported decision which extends this rule to mere municipal by laws. Both in "nelend and in the United States (Porter v. Waring, 69 N.Y. 250) a

⁽¹⁶⁾ Kenny: On. Cit. pp. 69-70

Def. Doc. 3037

judge would require legal proof of a bye-law before enforcing it. Should the law attribute to ordinary people a greater legal knowledge than to the judge?" (17)

Admitting that this Honorable Tribunal might take judicial notice of the fact that there is a large body of international law, known at different times and by different writers as the "common law" or "general law" or "natural law" of international law. I respectfully submit that it is a law less clear and definite than a nation that acts in contravention of international law are deemed by any national law not sufficiently blameworthy to incur criminal responsibility, except in a few cases. According to Professor Kenny, it is expounded as follows

"The student must beer in mind that, though it is sometimes said that 'International Law is part of the laws of England, ' this is true only in that loose historical. sense in which the same is also said of Christianity. But an indictment will not be for not loving your neighbor as yourself. Equally little will it be for trading in contraband or war, or for the running of a blockade. Both these acts are vitiated by International Law with the penalties of confiscation; but neither of them constitutes any offence against the laws of England, or is even sufficientl unlawful to render void a contract connected with it." (19) 18. The above submission will be opposed by the contention that international law is a law sui juris and can punish any act, which it deems fit upon the ground entirely

Kenny: Op. Cit. p. 68, Note 4
Mr. Keenen, Opening Statement, T. 405-6
Kenny: Op. Cit. pp. 334-325. As to the question of trading with the enemy, see P. 335, Note 1.

different from any national law, It is said, however, by Lord Wright and quoted by the Ohief Prosecutor as follows:

"In my earlier essay I pleaded to have it records that International Law was the product, however imperfer of that sense of right and wrong, of the instincts of justice and the humanity which are the common heritage of all civilized nations. This has been called for many ages 'Natrual Law'; perhaps in modern days it is simpler and truer merely to refer to it as flowing from the instinctive sense of right and wrong possessed by all decent men, or to describe it as derived from the principles common to all civilized nations. This is, or ought to be, the ultimate basis of all law."

In other words, even though "the source of International Law must * * * be sought elsewhere than in the acts of a national law-making authority," it must have a foundation in the instinctive sense of right and wrong, common to all law. It must not be the law of the mighty or the conqueror.

19. The heretofore accented definition of "international law" is that it governs relations between independent (21)
States. It has been a matter of common sense to understand that: "Public international law is the body of rules which control the conduct of independent States in their relations with each other. It is altogether different in its nature from law in the narrower sense of the word, namely, law capable of judicial enforcement. for that

⁽²⁰⁾ T. 407-8
(21) The S. S. Lotus (France v. Turkey), Permanent Court of International Justice, Sept. 7, 1927, Cited in Hackworth: "Digest of International Law," 1940, Vol. I, p. 2.

implies a force superior to both the litigants or disputants; end as independent States have no recognized common superior, the rules by which their conduct is governed are incapable of enforcement except by war." (22) Even the Chief Prosecutor admits that "the personal liability of these high ranking civil officials is one of the most important, and perhaps the only new question under international law to be presented to this Tribuna 20. According to the Chief Prosecutor, it is said that the prosecution will "show that each and every one of the accused named in this indictment played an important part in these unlawful proceedings: that they acted with full knowledge of Japan's treaty obligations and of the fact that their acts were criminal." (24) here lies the fallacy of his contention, for knowledge of treaty obligations is entirely a different question from knowledge of criminality of their acts. No modern national law would munish an individual for any breach of contract, whether be it intentional or unintentional. No international law has ever criminally punished an individual for any breach of treaties except perhaps in cases of the so-called convential war crimes and pirates. Even then, the prosecution admits that "the Hague Convention nowhere designates such practices as criminal, nor is any sentence prescribed, nor any mention made of a court to try and punish offenders." (25)

⁽²²⁾ Byrne's Law Dictionery, 1923, p. 487

⁽²⁴⁾ T. 422

⁽²⁵⁾ T. 39.007

21. Evidence adduced either by the prosecution or by the defense has definitely established the fact that all the defendants did their level best to carry out whatever treaty obligations they had to deal with in their respective capacities, not because they were aware of their criminal responsibility for not doing so, but becau they wanted to keep the sanctity of the treaty itself. Any breach of treaty obligations, alleged by the prosecution, has been proved to have resulted from inevitable but unforeseen circumstances. All acts of the defendants. as indicted before this Tribunal, were done in pursuance of the laws of their country. If Professor is right in saying that "it is necessary that his idea as layman. i.e. his sense of law. should inform him that he is committing en act which is not permissible," defendants have been informed by their sense of law that their acts were not permissible under international law. at the same time when their very sense of law was telling them that their acts were nermissible under their national law?

22. The learned judges in the McNaughton's case stated as follows:

accused did the act complained of with a view, under the influence of insene delusion. of redressing or avenging some supposed grievance or injury, or of producing some public benefit, he is nevertheless punishable according to the nature of the crime committed, if he knew at the time

Def. Doc. 3037

laws by which expression we understand to mean the law of the land."

If there was any conflict between the law of the land and international law, the judges would not hesitate to answer the appropriately of the former. So would the defendants. But what I wish to emphasize is that not only the defendants had legal justification for their acts under their national law, but they honestly reasonably believed that their acts were justified under international law.

23. The prosecution contends. in its summation upon conspiracy, as follows:

"If he was in office at that time, allowed his scruples to be overruled, and continued in office, we submit that quite clearly he should be convicted, and that in a moral point of view his case is at least as bad as that of one who had no such scruples."

And the it maintains, in its summation upon individual responsibility, in particular, of a cabinet minister, that:

casting his affirmative vote for, or everessing his acquiescence in an aggressive measure. If he did not resign despite his personal convictions because he felt more important that he or the Cabinet continue in office, he is legally just as responsible and morally more responsible than an all-out proponent of the aggressive policy, since he deliberately chose to approve the policy

⁽²⁷⁾ McMaughton's Case, 1843, cited in Wilshore: "Lead! Cases on Criminal Law," 3rd Wd., 1935, n. 31.

⁽²⁸⁾ T. 39.057

with full cognizance and conviction of its evil." 24. Such an accusation misses the mer' entirely, so far as the defendants are concerned. During the period of the indictment, i.e. from January 1928 to Sentember 1945, 1 Cabinets rose and fell, the average life of a Cabinet being only one year. How can we expect any consistent national policy, either aggressive or defensive, under these circumstances? The trouble with the defendants not that they clung to their prominent posts despite th personal convictions, but that they foresook such posts too readily, because of their sensitiveness to political responsibility, to carry out their policies. Did or should their sense of law inform them, at the time of their resignation, that they would be also responsible criminally under international law, if they did not resign? No same men. even the most learned scholar of international law, would dream of such a fantasy, but the will be the only conclusion to be drawn from the loric of the prosecution. Whatever may be the case, the evidence adduced before the Tribunal has proved that the defendant believed that their acts were permissible both by the law of their land and by the laws of nations and that they he good reasons so to believe. Even if they are to be adjudged by an ex post facto law as criminally liable u international law, their punishment should be romitted, should the principle embodied in the aforesaid Article 1/ of the Chinese Criminal Code be adopted.

⁽²⁹⁾ T. 40,556-5

⁽³⁰⁾ See Para. 15. sunra

25. Leaving aside for a moment the question of international law, I should like to discuss briefly the principle of criminal responsibility, which requires the existence, at the time of commission of an alleged offence, of a possibility of expecting the offender not to commit such an act. Article 34 of the Swiss Criminal Code of 1937 is the best illustration of this principle and provides as follows:

"No person shall be punished for his act done in order to avert any impending and otherwise unavoidable danger to his right, in particular, to life, body, liberty, honor or property, if he is not responsible for the occurrence of such danger and if it is impossible to expect him to abandon his endangered right in view of the circumstances".

26. Article 57 of the Japanese Criminal Code reads as follows:

"No person shall be punished for his act inevitably done in order to avert any impending danger to his or any other person's life, body, liberty or property, if the evil arising out of his act does not exceed the degree of evil which he tried to avert; provided however that punishment as to the act in excess of such degree may be reduced or remitted in consideration of the extenuating circumstances".

The underlying thought of this provision is the same as that of the Swiss Code above referred to, i.e., criminal responsibility shall not be attributed to the case where it is impossible to expect a person to avert the evil by anything short of the commission of the offence in question.

27. Professor Kenny states as follows:

only be important where, as in capital offences, there is a prescribed minimum of punishment. For in all others every English judge would take the extremity of the offender's situation into account, by reducing the sentence to a nominal penalty. Yet where immediate death is the inevitable consequence

of abstaining from committing a prohibited act, it seems futile for the law to continue the prohibition, if the object of punishment be only to deter. For it must be useless to threaten any punishment, the threat of which cannot have the effect of deterring. Hence, perhaps, it is that in the United States the defence of Necessity seems to be viewed in favor". (51)

Although it may not be so prevalent as in continental countries, the English defence of Recessity is based, in the final analysis, on the same principle as mentioned above in reference to Swiss and Japanese laws.

28. As a further application of this principle, I refer to Article 105 of the Japanese Criminal Code, which provides as follows:

"In the case where a crime mentioned in this Chapter (i.e. harboring a criminal or suppression of evidence) is committed by a relative of a criminal or 'fugitive for the benefit of the criminal or the fugitive, punishment may be remitted".

parent or a wife for the benefit of his or her child or her husband is, indeed, an inevitable manifestation of humanity, as expressed by Confucius in his Analects that "the true justice exists where a father conceals for the sake of his child and a child for his father". It would be unreasonable and against human nature to expect him to act otherwise. A similar kind of law is found in England. If a husband who has committed a crime is received and sheltered by his wife, she is not regarded by the law as becoming by such "bare reception" an accessory after the fact or a participator in his treason; for she is bound to receive him. (32)

⁽³¹⁾ Kenny: Op. cit. pp. 77-78

(32) Kenny: Op. cit. pp. 73-74

But a husband enjoys no similar exemption when he assists a folonious wife; he becomes accessory to her felony (Kenny: Op. Cit. p. 89).

29. As another example of the same principle, Article
76 of the old Criminal Code of Japan provided as follows:

"A person, who has performed his official duty under his superior's order, shall not be punished".

The present Criminal Code has deleted such a provision on the ground that it is included in Article 35, which reads as follows:

"No act is punishable, which is done in accordance with the provisions of law or regulations or in pursuance of a legitimate business".

It corresponds to Article 32 of the Swiss Criminal Code of 1937 which provides as follows:

"Any act, which is required by law or by an official or business duty or permitted or declared not punishable by law, is neither follony nor misdemeanour".

30. In the Chinese Tentative Criminal Law, there was no such provision, but in Article 35 of the old Chinese Criminal Code of 1928, it was provided:

"No act is punishable, which is done in the course of an official duty under the order of one's superior officer".

Then, in Article 21 of the present Chinese Criminal Code of 1935, Articles 34 and 35 of the old Code are combined as follows:

"No act is punishable, which is done in accordance with law or regulations.

"No act is punishable, which is done in the course of an official duty under the order of one's superior officer, except the case of a person who has known clearly the illegality of such order".

The said Article 21, Paragraph 2, of the Chinese Code implies obviously the following two points:

Firstly that no crime will be constituted by any act of a subordinate done under a legal order of his superior, and secondly that a subordinate shall not be held

responsible for any act done under an illegal order of his superior, unless the subordinate knew clearly the illegality of the order.

31. In this connection, the French Criminal Code provides in Article 327 as follows:

"Hirder, wounding or assault committed under the provisions of law and ordered by a lawful authority shall constitute neither felony nor misdomeanour".

And in Article 114, it is provided:

"A public official, agent or employee of the government shall be deprived of his civil rights in the case where he has ordered or committed any arbitrary act, or any act inimical to the individual liberty or to the civil rights of one or more citizens or to the Constitution.

"If, however, he proves that he has acted under the order of his superiors concerning matters within their jurisdiction, in which matters he is bound to the superiors by a chain of subjugation, he shall be exempted from punishment, etc."

subordinate, Professor Donnedieu de Vabres enumerates three points of view: (a) The theory which maintains the irresponsibility of a subordinate on the ground that he is not allowed to criticize the legality of his superior's orders; (b) the so-called "la theorie dos baionettes intelligentes", prevalent in the courts of the United States (33), which have repeatedly refused to recognize any such irresponsibility at all on the ground that a subordinate has the right (and duty?) to criticize the legality of his superior's orders; and (c) the theory which admits mitigation of punishment in the case where the content of such order was apparently legitimate and its formality was satisfactory.

⁽³³⁾ Kenny: Op. Cit. p. 73
(34) Donnodieu de Vabres: "Traite elementaire de droit criminel", 1937, pp. 246-247. He seems to agree with the third view.

33. According to Professor Kenny, the official Pritish Innual of lilitary Law admits it to be still "somewhat doubtful" (Ch. VIII, par. 95) how far a superior officer's specific command, even not ebviously improper, will excuse a soldier from acting illegally. (35) Compared to such legislation, the said Chinese Criminal Code (Article 21, Paragraph 2) sweeps away any doubts be stating that punishment will be imposed only upon a subordinate who has acted with a clear knowledge of illegality of his superior's order. It follows, therefore, that in case there existed any ambiguity as to illegality of the order, he shall not be responsible, even if he carried out the order. Since the basic principle of officialdom lies in the chain of command and subjugation, especially in the case of the army and navy, it is according to the thinking of Chinose law, unreasonable to expect him to act contrary to his superior's order, even when he was not quite sure of its being either legal or illegal. 34. On the other hand, Professor Liszt contends that "so long as the absolute binding power of a superior's order is acknowledged by law, such an order will preclude the illegality of his subordinate's act done in accordance therewith", on the ground that "an act done in pursuance of one's duty is never illegal" (36). This contention is orroneous, because since the superior is held responsible for the execution of his illegal order, "the punishment cannot be linked with a legal act (37). If the superior's order is illegal, we have to admit that the subordinate's act is also illegal. However, the impossibility of expecting him to act other-

⁽³⁵⁾ Kenny: Op. Cit. p. 73
(36) V. Liszt: "Lehrbuch des Dentschen Strafrechts", 21-22 aucl., 1919, 8 35, s. 146.

^{(37) 1.} E. leyer: "Der allgemeiner Peil des doutschen strafrechte", 1915, s. 334.

wise will exempt him from any wickedness or blameworthiness and hence from any criminal responsibility.

35. According to Professor Sayer, "the conception of blameworthiness or moral guilt is necessarily based upon a free mind voluntarily choosing evil rather than good; there can be no criminality in the sense of moral shortcoming, if there is no freedom of choice or normality of will capable of exercising a free choice". (38)

The Euronberg Judgment ruled that "the true test...is not the emistence of the order, but whether moral choice was in fact possible". (39) In my submission, these words are nothing but the enunciation of the principle of impossibility of expection (Nichtzumutebarkeit).

⁽³⁸⁾ Sayer: Op. Cit. p. 1,004

⁽³⁹⁾ Muromberg Judgment, p. 16,881

36 The Nuremberg Judgment has brought this principle of criminal law into the field of international law. The relevant provisions of law considered by that Tribunal are articles 7 and 8 of its Charter which in combination correspond to article 6 of the Charter governing this honorable Tribunal. The difference between the said provisions of the two charters is that while in the Nurenberg Charter the official position of defendants, whether as heads of states or responsible officials in government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment, and only the fact that they acted pursuant to order of their government or of their superiors may be considered in mitigation, the Tokyo Charter provides that both their official positions and the fact that they acted pursuant to order may be taken into consideration, if the Tribunal determines that justice so requires.

37. Now, the prosecution contends in its summation as follows:

"The defendants may be divided into three categories: (1) those defendants who had the ultimate duty or responsibility for policy formation fixed by the law of Japan; (2) those defendants, although they do not have the ultimate duty or responsibility, had the duty or responsibility for policy formation in a subordinate or intermediate capacity fixed by the law of Japan; and (3) those defendants who, although they had no duty or responsibility fixed by the law of Japan, have by their acts and statements placed themselves on the policy making level and are therefore chargeable with responsibility an fact."40

40 1.40,542-3.

As to the defendants of the first category,
I have already shown in the above that their acts,
done in accordance with the law of Japan and in the
honest and reasonable belief that such acts would
also be justified under international law, preclude
any knowledge of illegality and, therefore, their
punishment should be remitted. (41)

- 38. It is further submitted that under such circumstances as existed during the period of 17 years since 1928, no man could have acted otherwise than what the defendants did, should he have been placed in their stead. It was, indeed, humanly impossible for them to stop successive explosions of the long pent-up national sentiments, either at home or abroad. It was also humanly impossible for them to carry out direct control and supervision over numerous subordinates in remote corners of Manchuria, China and elsewhere. In short, can we expect them to exercise their authority and care to such an extent as to turn the tide of national destiny and to prevent the inevitable consequences of sanguine hostilities?
- 39. As to the defendants of the second category, there was in Japan the so-called Regulations for the Duty of Government Official, (1/2) which provided as follows:

"Article 1. Government officials shall, pledging their allegiance and assiduous services to His Majesty the Emperor and the Emperor's Government, obey laws and orders and discharge their respective duties.

⁽⁴¹⁾ See Para. 24, supra. (42) Ex. 3510, T. 34,003.

"Article 2. Government officials shall, with respect to their duties, observe the orders of their superior officials to whom they are assigned, provided how; ever that they may express their opinions to such orders."

vigorous duty was imposed upon them for the observance of their superior's orders. Those who opposed or did not comply with such orders were severely punished as guilty of the crime of defiance under the Army Criminal Code (Arts. 57-59) or the Navy Criminal Code (Art. 55-57).

40. In any case, once a decision or an order was given by his superiors, a civil official or military officer was not allowed to act contrary thereto, whatever his personal opinion might have been. To expect him to act otherwise was, indeed, impossible. Even the Ministers of State and Commanders-in-Chief of various armies and fleets were, in that sense, subordinates to the Emperor. If an Imperial Sanction was issued, they could do nothing but obey it. That is why the Chiefs of Army and Navy General Staffs exercised a great influence not only in, military affairs but in political matters by having direct access to the Throne.

the existence of some criminal responsibility either under international law or under national law up n somebody in the political or military circles of Japan, it is impossible to attribute such responsibility to any person or body of persons, because in

the 20th century Japan nobody has ever succeeded in obtaining a single post, much less power in the Government, by plots, revolutions and other unlawful means, such as seen in the history of Germany after the First World War. All plots and attempts of revolution were either nipped in the bud or suppressed. By whom? By the very defendants who now stand in the dock. Every one of them was appointed to his post in due course of his career and in pursuance of the laws and customs of Japan. None of them exceeded his authority or was negligent of his duties, prescribed by the regulations of his office. It is true that they belonged to the higher grade in the hierarchic structure of Japan, but it is also shown by evidence that there was no Hitler, no Mein Kampf, no Nazi Party or criminal organization among them.

42. As to the defendants of the third category, whatever popularity and influence they had were derived not from governmental or military sources, but from ordinary citizens at large. They never were powerful enough to be able to force their will upon the politics of Japan. All they could do was to voice the people's sentiments in opposition to the then prevailing bureaucracy. Perhaps they dreamed about the Great East Asia Co-Prosperity Sphere and Asia for Asiatics, but their talks were puerile compared to the nation-wide movement of anti-foreignism in China. If the latter was not treated as an international crime even by the Lytton Report, why should the former be so condemned? If freedom of thought is

to be one of the human rights under national law, why should international law try to stop it?

43. The underlying thought of the prosecution in thus accusing the defendants of the above-mentioned three categories is that a state is a fictitious existence, to which no criminals responsibility can be attributed. (43) The Chief Prosecutor declares that:

"Nations as such do not break treaties, nor do they engage in open and aggressive warfare. The responsibility always rests upon human agents."(44)

and also that:

"All governments are operated by human agents, and all crimes are committed by human beings. A man's official position cannot rob him of his identity as an individual nor relieve him from responsibility for his individual offences." (45)

Such a thought follows the maxim:

"Societas delinquere non potest",

but according to Professor Kearny,

"it is now settled law that corporations may, in an appropriate court, be indicted by the corporate name, and that fines may be consequently inflicted upon the corporate property." (46)

⁽⁴³⁾ Prosecutor Jackson: "The Case Against the Nazi War Criminals," 1946, P.82.

⁽⁴⁴⁾ Mr. Koenan, Opening Statement, T.473.

⁽⁴⁵⁾ Mr. Keenan, T. 434-435. (46) Kenny: Op. Cit., pp. 65-66.

44. In England, the Interpretation Act, 1889 (52 and 53 Vict. c. 63, S.2) provides that in the construction of every statutory engetment relating to an offence, whether punishable on indictment or on summary conviction, the expression 'person' shall, unless a contrary intention appears, include a body corporate. In the United States, the Criminal Code of New York of 1882 (Article 13) provides that in all cases where a corporation is convicted of an offence for the commission of which a natural person would be punishable with imprisonment, as for a misdemeanor, such a corporation is punishable by a fine of not more than five hundred dollars, as for a felony by a fine of not more than five thousand dollars. The Criminal Code of California of 1901 (Article 26a) provides that corporations are capable of committing crimes in the same manner as natural persons. This legislation is explained by a text book as follows:

"Under the theory that a corporation is in the language of Chief Justice Marshall an artificial being, invisible, and existing only in contemplation of law, it was doubted whether a corporation could be guilty of crime. The modern view tends to regard a corporation as a reality, a group of human beings, authorized by law to act as a legal unit, endowed for some purpose with legal personality." (47)

And further:

"Where conduct is sanctioned by the directors or officers in whom the corporate powers are vested, their intent should be considered the intent of the corporation. Such persons are more than agents for a natural principal. They embody and exercise the mental element essential for corporate action." (48)

(48) Ibid., p. 140.

⁽⁴⁷⁾ Clark and Marshal: "A Treatise on the Law of Crimes", 4th ed., 1940, pp. 140-143.

45. There is no doubt that a State is a juristic person under either national law or international law, while a corporation is such under national law. If a corporation, which is nothing but a body of persons bound by a certain economic or social tie, can be a reality, competent to bear criminal responsibility, why cannot a State be more real and more competent than a corporation? Hackworth states as follows:

"The terms state and nation are frequently used interchangeably. The term nation, strictly speaking, as evidenced by its etymology (nasei, to be born), indicates relation of birth or origin and implies a common race, usually characterized by community of language and customs. The term state—a more specific term—connotes, in the international sense, a people permanently occupying a fixed territory, bound together by common laws and customs into a body politic, possessing an organized government, and capable of conducting relations with other states."49

46. A corporation has no territory nor people, over which it can exercise its sovereignty, nor any natural affinity to bind them together, except a certain specific purpose which may be changed or given up at any time. On the other hand, a State is a foreordained existence and follows a course, which no single man, not even the seventeen cabinets in succession within seventeen years, can change or give up. A shareholder may sell out his shares of a corporation whenever he likes to do so, but the defendants could not back out from their duties imposed by

^{49.} Hackworth Op. Cit., Vol. I, p. 47

executed or miscarried not only in the name of the State but by the predestined course it takes. If it is defeated in a war, indemnities will be paid or territory be ceded. Are not such measures punishment for its responsibility under international law? Admitting that the sovereignity of a State should be subject to international law, it is respectfully submitted that no responsibility under international law should be attributed directly to any individual because of the following grounds.

47. The Japanese Law No. 125 of 1947, called as the State Redress Law (Article 1), provides as follows:

"If a public official entrusted with the exercise of the public power of the State or of a public entity has, in the conduct of his official duties, inflicted illegally with intent or through negligence any damage on other person or persons, the State or the public entity concerned shall be under obligation to make compensation therefor.

"If in the case referred to in the preceding paragraph the public official has perpetrated the act intentionally or through gross negligence, the State or the public entity concerned shall have the right to obtain reimbursement from the said public official."

The above provisions of the Japanese law are introduced for the purpose of democratization of the Japanese legal and political systems, but they do not recognize any direct claim against an official by an afflicted part, for any damage inflicted illegally in the course of the official's duties. Laws and Customs of War on Land shall, if the case demands, be liable to pay compensation and that it shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces. According to the judgment of <u>In re Piracy Jure Gentiums</u>.

1934, it is expounded as follows:

"With regard to crimes as defined by international law, that law has no means of trying or punishing them. The recognition of them as constituting crimes, and the trial and punishment of the criminals, are left to the Municipal law of each country."52

It is respectfully submitted, therefore, 51. that even if the defendant had been guilty of a criminal intent or of gross negligence in carrying out their official duties, all the accepted authorities upon international law would not recognize any direct responsibility upon them vis-a-vis foreign States or foreigners. How can international law impose any responsibility upon those who have done their duties in accordance with the laws of their land and in the honest and reasonable belief that their acts were also in conformity with the prevailing rules of international law? In this connection, I should like to refer to the Statute of the Permanent Court of International Justice (Article 38), which provides:

"The Court shall apply:

"1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;

^{52.} A. C. 586, 589; cited in Hackworth, Op. Cit.

Defense Summation on Personal Assponsibility Errata Sheet (No. 2)

Pago	Line	
3	17-13	Insert between the two lines: "its paragraph
- 1		2 that: "No person shall be punished in,"
		The sentence should read: "Since Article 77
		of the old code provided in its paragraph 2
		that: "No person shall be punished in the
		case where he committed a crime without know-
		ing the facts which constitute the crime,"
,13	9	"Natrual law" should be "Natural law."
16	First line of Note (27)	"McNangton's Case" should be "McNaughten's
		Caso."
17	4	At the end of the line, insert "17".
•	3	At the end of the line, insert "was".
23	13	"Expection" should be "expectation".
23	6	"criminals" should be "criminal".
34	6	"Gentiums" should be "Gentium".
35	23	"legislators" should be "legislations"
	Before the first line of Note (54)	Insert: "(53) wr. Keenan, T. 459."

Defense Summation on Personal Responsibility

Errata Sheet

Page	<u>Line</u>	
1	12	"Fenerback" should be "Feuerbach".
12	19	"be" should be "lie".
11	20	"be" should be "lie".
11	20-21	"contraband or war" should be "contra- band of war".
11	22	"vitiated" should be "visited".
15	12	"Professor" should be "Professor Hafter"
11	21	"McNaughton's" should be "McNaughten's".
22	4	"ebicusly" should be "obviously".
	Last line of Note (37)	"strafrechte" should be "strafrechts"
29	Last line of the text	Insert: "In other words, whenever a director's act is deemed to have been done for the interest of his corporation, his intention being also to act on its behalf, such act will be absorbed by the corporation and become its act, losing the identity of any individual's act".
30	13	"nasei" should be "nasci".

Defense Summation on Personal Responsibility

Errata Sheet (No. 3)

Page	<u>Line</u>	
8	Note (11)	Insert "p. 123" after "p. 122".
12	Note (17)	"p. 60" should be "p. 60".
19	Note (31)	"pp. 77-75" should be "pp. 76-79".
28	22	"Profesor Kearny" should be
		"Professor Kenny",

The first line of the first Errata Sheet should read:

Page	Line				
9	12	"Pannibaçic"	should	be	"Feuerbach".

3037

人責任 諦

個

裁判長並に裁判官各位

① 本辯論の目的は近代刑法の見地より全被告に對し訴追されてゐる刑事

責任の問題を検討するにあります。

國に於ける殺人罪の普通の主義は、

首席検察官は其の冒頭陳述

に於て次の如く述べられました。

曰 、 「文明

すと云かことであるから、

我々は

to

ばならぬ、此の正當性は、

身体若くは財産を防衛する場合又は、恐らく

何が法律上の正當性を構成するかを考っ

法律上の正當性なくして故意に人を殺

限られてゐる 17 適法に構成せられた裁判所の命令を單に執行した行刑官の場合に通常 とこ。法律上の正當性の問題は元より重要でありますが、

たれは全時に「意思」の問題を考慮に入れてのみ理解出來るものでありま 遺憾なことに、首席検察官は後者を全く論議の外に置かれ、 恰も被告

等の犯意は當然の如くにされて居ります。

(三) 記錄四二五頁

- 首席検察官の公はれる如き法律上正當性の存しないものに付て、 者に刑事責任を認むる との三要素を更に必要とするのであります。 に對し行為の當時斯か の行為が故意 然下ら、或多行為にして一定の客觀的犯罪構成要件に該當し、 (原則) には、 る行為を為さめことを期待し得る可能性が存したこ 又付過失 八行為者が責任能力を有じてるたこと、 (例外) に出 此の三臭に付て、 たも のであること、 以下逐次に 八行為 其の行 何 かも (口) 其
- 識又ル能力又八其、行為、不法ナルコトラ辨識シテ行為スル (三) 13 ありますまい。 本件被告に関しては、 各被告が行為當時より「自己」行為,不法 大川の場合を除き、 彼等の責任能力を顧る心 能力 ナル J (三)左有 辨

検討して見たいと存じます。

して居たことは疑ありません。

(三) 瑞西刑法第十條

最新原則を採用した國々の立法を若干簡単に一瞥し、私の論據とするとこ ろを決定して置きたいと存じます。 に堪べたり、(三)ときで慨嘆して居られることに鑑み、私は先で、 (四) レアに正確は意義を附せんとせんか、 故意と過失の臭に付き、 セイヤー教授が其の犯意論に於て、 判例學説の一致を見ざること、 マメンス 刑法上の 天堂

セイヤー「メンスレア」ハー 三一一三三年)九七四頁 ワー ド法律評論、 第四五 卷 二九

セズ、 (五) 現行日本刑法第三八條は第一項に於て「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰 但法律二特別ノ規定アル場合八此限=在ラズ」とし、第三項に於て

法律ヲ知ラザルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトラ得べ。

但情状ニ因り其

PURL: http://www.legal-tools.org/doc/0eb9a3/

して居たことは疑ありません。

(三) 瑞西刑法第十條

最新原則を採用しに國々の立法を若干簡単に一瞥し、私の論據とするとこ ろを決定して置きたいと存じます。 に堪へたり、(三)ときで低嘆して居られることに鑑み、 レアに正確な意義を附せんとせんか、 (四1) 政意と過失の臭に付き、 セイヤー教授が其の犯意論に於て、「メンス 判例學説の一致を見ざること、 私は先づ、 刑法上の

セイャー「メンスレア」ハ 7 ド法律評論、

三一一三三年)九七四人

(五) 現行日本刑法第三八條は第一項に於て「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰

法律ヲ知ラザルラ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ズ。 但法律三特別,規定アル場合八此限=在ラズ」とし、第三項に於て 但情状ニ因り其

刑ラ減軽スルコトヲ得 例の多くは一罪ヲ犯スノ意 更に、 第三項は ル爲二八意思ト行爲が伴ハネバナラヌ」との格言を法文化したものであり、 用 と解したのであります。 7 F ľ 知 to ラズシラ犯シタル者ハ其罪ヲ論ゼズ」と現定してるたところハ たものであります。 石原一項は目刊点第七七條第一項(四)と殆ど全様の辞句を受継い あり、 「法律ノ不知ハ宥恕セズ」とする誇を表現したものであります。 又 現行法の第三項は 而して旧法第七七條第二項が と規定して居ります。 を罪とほるべき事實を知ることに外 旧法第七七條第四 右第一項は「犯罪り構成ス 罪トナルベキ事資 項 五 左修正探 ならない 1 判

回 罪ヲ犯ス意ナキノ所爲八其罪ヲ論ゼズ、 但法律規則 二於テ别二

・罪ラ史メタル者ハ此限=アラズ」

(五) 法律ヲ知ラザルラ以テ犯え意ナシト為スコトヲ得ズ」

2

五卷九七頁)

誤 (六) 押 規 4 机 為及され + れる以上、 3 3 適 の錯誤は犯意を阻却せず、 たらぬとの推定により、 效力ラ 此の 例と のであります。 り峻別され、 (六) 大正 本罪 解釈に依れば、 して左の如き日本大番院の判例 から生ずる自然的結果の認識を必要とするも、 行為の選法性を意識したかどうかを探究する必要は 失ヒタリト 〈刑法夢九六 十五年二 前者に於ては犯意を全く阻却するも、後者の中、 而して此の解釈の歸結として、事實の錯誤は法律の錯 誤信シ、 犯意の成立するには、 條) 月二日大審院第二刑事部決定(判例集、刑、第 犯意を阻却すると云ふので 1 非刑罰法規の錯誤のサガ 差押物件/封印、 犯意ヲ阻 却 があります。 LZ 罪となるべき事資、即ち行 公子 差押標示 結局は事資の錯誤に 即ち あります。此の解釈 ので 其の認識が証明さ ありますへ大し、 ラ損嬢シタルト 一弁済ニ因り Tā 刑罰法 Z せら

違いあ (七) なく、 誤解から引いて罪となるべき事實の認識を欠くに至ったことにあるのでは、 簡単に古へませうか。石の場合に犯意が阻却せられる所以は、 から其の行為の許されざること 解するのが安富ではありますまいか。 石の場合に於る 盛ろ、 りませめ。然下ら果して罪と后るべき事員の認識がな 罪といるでき事賞の認識は充分であったが、民事法規の誤解 行為が民事法規の誤解に出でたものであることは間 — 違法性 一の認識を欠いたことにある。 かったと左様 民事法規の

意は犯罪の構成要件に属する一切の要素に関脱を持たねばならめとする今 を論じた末、一違法性は犯罪概念の要素である。 (14) つの原則を以てするならば、 ったけれて居ると否とは問かところではい。此の原則に附加するに、犯 チューリヒ大學のハワテル教授は満町に於ける犯意に関する學説判例 行為者に於て自己の孝動の選法性に付ても されが個々の法律構成要件

意識したのでなければならぬとちふ結論を拒否する訳には行かめ。このこ このことをう黄任なければ刑罰ならの公理が要求する。 要はあるのである。・・・・ 即ち法律感覚として彼が許されざる行為をなすものであることを告ぐる必 0) 意識を有じ得ざりしことが現實に立証し得られた場合に於ては、後に有罪 判官は犯罪を故意に行ひたるの故を以て有罪の判決を下すことが出來る。 あること、 只規範に付て行為者が何等知ってをる必要はない。 併し行為者の素人考、 を否定せんと試みることは、 法律規則に違反することを知るの意味ではない。こここ 極めて稀に起きることではあるが、行為者が自己の行為の義務違反で 許されずることの意識を有せざりし上、彼の全人格からして石 簡量は説明は洵に必要である。違法性の意識は行為者が一定 一此の違法性の意識が存する場合に於てのか、裁 法律の錯誤軽視の恐るべき勢力に屈服する 犯罪の實行に際 刑罰法規の個

判決を下すことは最低の刑を以てしても一個の配辱である」(七)と説いて あます。

4 (72) て故意を認めてはほらぬ。之に反して、行為者に於て自己の行為の可罰性 看の善意でることが異論なく立証せられたる場合に於ては、 懲戒權を錯誤したる場合、---・・ 此等すべての各種錯誤の場合に於て行為 =6 れば、行為者に於て自己の行為の犯罪的特質に付て錯誤したことは額慮せ の錯誤と刑罰法規の錯誤とを区別せんとする一切の試は維持すべからざる 3. 謀殺犯人を隱匿すると云ふことを知らざりし場合、教師が自己の有する 71 更にハフテル教授は一事實の錯誤と法律の錯誤、進んでは非刑罰法規 ねびならめ。誘拐犯人が被誘拐少女の军骸を知らずり亡場合、行為者 (七)ハフテル、瑞西刑法教科書、總論、一九二六年、一一七頁 嚴格与一線を動することはむづかしい。 責任論の立場からす 裁判官は断じ

顧慮する要はない、へいと主張されてあます。 程度や處罰條件に付て、訴訟條件の存在等に付て錯誤したることは、 法律上の性質――竊盗罪なりや又は横領罪なりや――に付て、 刑罰刑裁の

(八)ハフテル、前掲 一八四頁

非ざる私法上の不法行為でさへもなす意思あらば犯意を構成するとの見解 罪になりません。又、彼が斯く信むるには相當の理由がありました。 思イトコロノ何事カラ為ス意思」 た. 事件により具体化されます。プリンスといる男が十六文未満の少を十八文 に賛成し、 更に若干の判事達は、 だと信じて其の父親の下なり誘拐したのです。真實十八才であれば誘拐は 判事の大多数は、「法律上思イトコロノ何事カラ為ス意思」即ら犯罪に 右に掲げられた誘拐の説例は英國に於ける一八七五年のプリンス被告 あらば犯意充分なりとの見解を立てたの 刑事上民事上共八合法的とするも道德上 然る

であります(元)セイヤー級授は此の事件を評して、犯意の問題に関する 素なることを彼等が承認してものであると解することは出来ないでせらか。 近來のどの事件よりも一層法律を不安混乱に陥らしめたものとなってるま すが(十)英國判事達の右の意見を以て、違法性の認識が犯意の本質的要 (元) ケニー、刑法概論、第十四版、一九三三年、

日一日

める程、重大な過失、即ち邪悪な過失がなければならぬ」(土)とし、又、 ではい、子供が死ほうが死めまいがかまはぬとする親の態度を陪審員が認 土) 「自動車運轉者が民事々件で過失を訴追される場合、大低敗訴するもので ニー教授に依れば、親の方に幾分の過失があったと云ふ事實だけでは意分 | 校、此の考へ方は過失の問題を研究するとき、更に明となります。 前揭、 一口二五頁 ワ

あるが、

過失殺人の刑事訴追を受けたときは然らざることが多い。

即ち處

法性に対する認識の程度に過ぎないと去へませう。 罪となるには、軍はる不注意に止まらず、 でなければなりません。此の意味に於え、 罰せられる價値がある程、他人の生命安全を無視したと云る邪悪な過失が たければほらめからである」(干)と説かれてゐます。 されば過失が刑法上 故意と過失との区別は行為の違 邪悪であり、 非難さるべきもの

シケニー 前楊 一十二頁

限り、法規を知らざりし場合でも處罰し得ること、 との格言を讀むならば、それは、小行爲者が行爲の違法性を意識して居た のであります。 性の認識により決定せられるとするものであり、ハフテル教授の意見は全 (主) 原則の消極面、 前記英法學者達の見解は現代刑法の一原則の積極面、 此等の考へ方を以て、 国な「法律ノ不知ハ岩恕セズ」(主)· 即方違法性の認識を欠く場合には犯意を阻却すとなすも 四行爲の違法性の意識 即ち犯意は遺法

を欠いた場合でも、其の意識を欠いたことに過失があり、之が非難さるで あたとしても、 合文は過失ありますられたを非難するに足らざる場合には、處罰せられぬこ とで意味するでありませう し得うこと、而してい罪と后るべき事員の認識を殴令持つて 蓋法性の意識を欠き、其の欠いたことに過失がなかった場

(土) 日本刑法第三八條第三項

知八角恕セズ」となることにあった。處がフォイエルバッハの影響で容恕 は刑法の不知が宥恕であることを意味するものと考へられてゐなかった。 10 五六十年の久しきに亘り許容せられることとなった結果、近代のドイツ イツ普通法に於ては、第十九世紀の末葉まで、矢張、原則は「法律!不 法律に古い規則を後活せしむると太小尖鏡的な反動を起さしめることと レーディン教授は次の様に述べて居ります。即ち、「英法に於ける犯意 D. # 3037

して居ります。

然しソールウェー法典は錯誤の存するところには刑が軽減せられ得るに止 (壶) くは一般に普及して居る首からの原則を磨棄するが、少くとも制限するこ を考へてゐられたは違のありません。然下ら其の後の立法例は殆ど例外は て居る」(主)と立はれました。 とに賛意を表してゐる。而して若干の最近の刑法草案は刑の軽減を規定し なった。ノフランスに於ては極めて稀有な事情の下に認められたに過ぎない。 く違法性の錯誤を以て刑の滅軽に止らず、 レイデイン教授が斯く云はれるに付ては、一九一八年の陽西刑法草案 全然免除せられ得ることをも規定してゐる。事實、 (き)レイデイン、犯意論、 卷、一二九負 如何にも勝西草家第十八條は盡法性の錯誤に付いて軍に刑 セーリックマン社會科學百科辞典、第、 刑の免除を招來するものと規定 大陸の學者の多

の減軽のみを認めたに ス権利アリト信シタルトキハ、裁判官ハ自由裁量二依リテ其ノ刑ヲ減軽シ られた現行刑法は第二工係に於て「行為者が十分ナル理由ノ下三行為ヲ為 過ぎなかったのでしたが(古)一九三七年に公布せ

又八鬼除スルコトラ得と規定したのであります(去) 一一行為习為スノ權利アリト信ジテ犯罪习行上タル者八其ノ刑习減

軽スルコトラ得

差 瑞西刑法第二十條は一九二七年の全國軍刑法第十七條の規定を

文字通り踏襲したものである

其の第十三條第二項は「法令ヲ知ザルハ故意に非ズト爲スコトヲ得ズ シ其、情節三因リテ一等或ハ二等ラ減ブルコトラ得」と規定してあました 一九二八年以前に行はれてゐた中國暫行新刑律まで遡って見ますと 九二八年の旧刑法第二八條で右を傾正し、 一法令ヲ知ラザルニ

PURL: http://www.legal-tools.org/doc/0eb9a3/

(共) 英國に於ては法律の錯誤が假令不可避の場合でも罪の看恕とならぬとケー する那式的解釈より遺法性の不意識に對する本質的理解への漸進的移行を ヲ滅 の效果は、 明 法は其の第十六條に於て、「法律ヲ知ラザ 許可スル所ナリト白ラ信シ且少正當ノ理由アルモノハ其ノ刑ヲ免除スルコ 戸刑事責任ヲ免除スルコトラ得べ。 教授が古はれて居るからであります。 瞭に指し示すものであります。 以上に於て私が此の初歩的とも見られる刑法原則を叙述した所以は、 軽スルコトラ得しとなし、更に一九三五年より貴施された現行中國刑 と致しました。中國法に於ける斯くの如き沒遷は法令の不知に對 但シ其ノ情節ラ按シテ其ノ刑ラ減軽スルコトラ得。若シ法律ノ 配函の場合と全じく、 特種の犯罪に於て必要な特別形態の犯意 但シ其ノ情節=因リテ本刑ノニ分り 即ち」法律の錯誤の有し得る最大 ルニ 因リテ刑事責任ヲ免除スルコ

田ある錯誤は、それが法律上のものにせよ、例へば村の慣習で変を刈り取 資施されてめる」と述べて居ります (土) 然下ら、斯様な例外的犯罪を除いて、法律の錯誤を無視する法則は嚴重に けさへもなくして之を取る時に行はれるのであるあら、善意にして相當理 の存在を、時に否定するに止まる。竊盗は、 行使として破壊した場合には、彼は「思意」の毀損罪を犯すことにならめ、 抵當權設定者が、抵當に入れた自分の象の造作を、誤った然と善意の權利 ることにはつてるた所で州入をした農婦の如く、充分な辨護の根據となる。 物を取り上がる権利の見せ掛

上 然し他方に於てケニー教授は、「此の法則を單百る公共團体の細則にま 對ウアリング事件、 で及ぼさうと云の判例は聞いたことがない。英國でも米國でも(ポーター 經頁 六九巻二五の頁)判事は右細則を認める前に其

(土が)ケニー、前場六九ーセロ頁

自身を愛するが如く汝の隣人を愛せざりしとて起訴せられることはないと 然とした歴史的意味に於るのみ真實であることを注意せねばならない。汝 古はれてゐるけれども、それは基督教に付いて丘様の言がなされる如く漢 全様に、 戦時禁制品を貿易したり、 而して國際法違反の行為は若干の場合を除き、國内法に於て刑事責任を惹 いと存じます。 起する程、非難さるべきものとは考へられてゐないと云ふことを主張した 亡ても (t) それは公共團体の細則よりも更に不明瞭不確定を法律であり、 國際法上の普通法又は一般法若くは自然法と時により學者によって領せら れる大きな法的存在のあることを顕著なる事實として認められると致しま の立証を求めるであらう。されば、法律の立前として、 識を一般人に望むのはどうであらうか」と説いてゐます(七)當裁判所が ケニー教授に依れば「國際法は英國法の一部であると時に 対鎖を潜ったりしても新追せられるこ 判事以上の法律知

英國法に於ける犯罪を構成せざるのみならず、之に関連する契約を無效な らしめる程には不法を見られてゐるいのである」と(去) とはない。 此等の行為は國際法に於て没收の刑が課せられてゐるけれども、

(土) ケニー 前楊 六八負註四

(十八)キーナンに、 昌頭陳述、記録四0五一六頁

(元) ケニー 前掲 三三四十三三五頁

一分の前論文に於て國際法は如何に不完全なりと雖も、全文明國の共通的傳 (大) 統にる善悪の観念マル正義人差の本能より生れ出たものであることを認む でありませう。然下ら、首席検察官の引用せられるライト卿の言に依れば 地より如何行る行為をも任意に處罰することが出來るとちふ反對論があるの 右の主張に對しては、 それは長い間「自然法」と呼ばれてゐたが、今日に於て 國際法は獨自の法であり、 國內法と全く異る見

者の法であってはならめのであります。 外に求めねばならめ(三土)としても、それは總ての法律に共通なる善悪の 本能的觀念に根據を有さねばならぬのであります。 ぬ」とおります(三十)換言すれば、「國際法の根源は國内的立法者の行為以 文明國に共通なる原則より由来するものと古った方が簡単であり具實に近 いであらう。とは總での法律の最終的基礎であり、又そうでなければなら は、 凡ゆる紳士の有すべき善思の本能的觀念より流れ出るもの又は凡ゆる されば強者の法、 征服

(三十) 記録四日七一八頁

るものであって、(三) 菌人に関するものではありませんでした。即ち常 識上の問題として、「國際公法は獨立國家相互間の関係に於ける其等の國家 行為を律するものである。それは狭義の法、即ち執行力をもつ法とは本 從來採用せられてゐた「國際法」の定義は獨立國家間の関係を支配す

質的に異る。蓋し執行力は訴訟當事者に優越する力を意味するのであるか 獨立國家は各國に共通な優越者を認めてゐないからざある。從て彼等の行 為を律する法規は戦争例外に執行すべき手段を有しない」(三十二)と理解さ つ恐らく其の唯一の新しい問題であらう」と認めて居られます。 れてゐました。首席検察官でさつ、「此等高位の文官達の個人的責任といふ ことは、本法廷に提出される國際法上の最も重大な問題の一つであり、回

口一夕之號 (佛國對土耳古) 國際司法常設裁判所判决、 二七年九月七日、 ハックワース、國際法輯覽、 一九四口年第

一巻二質に引用

三十二)バーシズ法律辞典、一九二三年、四八七頁

(三)記錄四三五頁

と検察側が認められてみる通りであります。 人を刑事的處罰したことは、先づ所謂普通戰爭犯罪と海賊の場合を除き、 公課刑の定めもなければ法廷の問題に関する言及もないのである」(シャ五) き行爲を犯罪なりとして指摘せることなく、又犯罪者を裁判し處罰する爲 未だ書でないのでありす。それでさへ「海牙條約は其の何處にも斯くの**如** とに拘らず、之を處罰じて居りません。國際法に於ても條約違反に付き個とに拘らず、之を處罰じて居りません。國際法に於ても條約違反に付き個 れば、條約義務の認識と行爲の違法性の認識とは全く別個の問題であるか らであります。近代の國內法に於ては、契約違反は故意によると然らざる もが不法なる此等の所業に重大なる役割を演じ、日本の條約義務及び彼等 +四)と云ふのですが、弦に検察側論據の誤りがあると思はれます。何とな 一一首席檢察官に依れば、檢察側は「本公前狀に指名された被告等の何れ の行爲が犯罪である事実を熟知の上行動したことを立證するであらう」へ三

(二十五)記録四二二頁

八二十五一記錄三九〇〇七頁

地位に於て處理すべき條約表務に付き全力を盡して之を実行せんと努めた (王) 責任を生ずることを認識したからではなく、條約され自体の神聖を維持せ ことが明白に立證せられました。それは彼等が全力を盡さざる場合に刑事 れた被告行爲の總では、彼等の國法に從つて爲されたものであります。若 14 んことを欲したからであります、檢察側の主張する條約義務違反の何れも し、「行爲者の素人考、即方法律感覺として彼が許されざる行爲をなすも りであることを告ぐる必要」ありとするハフテル教授の言が正しければつ 十六)被告等の行爲は國內法により許されたるのなりと彼等の法律感覺が告 檢察側又は辯護側より提出された證據に依れば、全被告は其の各別の 不可避不測の状況より生じたことが立證されました。当法廷に起訴さ

されざるものなりと告げることが出来ませうか。 げる時、それと全時に如何にして其の法律感覺が右行爲は國際法に於て許

(二十六) 上述他參照

のみならず、國際法に於ても之が正当視されるものと善意且召出に信じて 踏しないでありませう。被告等も然りと存じます。然し乍ら私が強調した いことは、被告等が彼等の行爲につき、國內法による正當性を有してみだ と國際法とに食む違ひがあれば、此の判事達は前者の優越を主張するに躊 で法と云ふのは國內法のことを意味するのである」とへニャセン、若し國內法 **遠反することを知ってゐたならば、目的の如何に拘らず處罰せられる。** 利益を齎すとか云小狂的妄想の爲め行爲した場合、若し犯行當時彼が法に (+) マクノーテン事件に於ける判事達は次の様な意見を述べました。 「被告が或る架空の苦情又は損害を救濟若くは報復するとか或は公共の 兹

のたと云小事実であります。

(ヨセ) マクノーテン事件、一八四三年、ウイルシャー、

信念にも拘らず、彼又は其の内閣が継續在職する方を重要なりとして辞職 的責任を有すべく、罪悪を充分認識し確信しながら右政策を故意に選んで しなかったならば、侵略政策に全力を傾けて居った主謀者達と同等の法律 從三示す代りに何時でも辞職することが出来たのである。若し彼の個人的 任殊に閣僚に関する論告に於て、「彼は侵略手段に賛成投票するか又は默 なき者同様罪悪き犯してゐると云はねばならぬし(三人)とし、又、箇人責 三一檢察側は共同謀議に関すら其の論告に於て、「若し彼が當時奉職中で あり良心の答めを押へ付けることを許してもで職に留ってゐをならば、 彼は明かに有罪とせらるべく、且つ道義上より見るも斯かる良心の各め 判例集、第三版、一九三五年、三一頁

是認したと云ふ意味に於て、彼等以上の道德的責任を有することになる」

(三九)と論断されてなます.

(ニナハ) 記録三九の五七頁

(二九) 記錄四 O、五五四 一五頁

彼等が其の信念に拘らず高位にしがみついてねたと云かことではなく、 万其力政策を実行するには政治的責任感が強過ぎて余りにたやすく職を棄 せら一貫せる國策を期待し得るでありませうか。されば、 命は唯の一年であります。斯かる状況の下にあつては、 至る迠に於て、十七の內閣が出来たり崩れたりしました。一內閣の平均壽 てたところに存するのであります。 ばなりません。公訴状の期間、 (盂) 斯様な非難は被告に関する限りに於て、全く的を外れたものと云は 即ち一九二八年一月より一九四五年九月に 彼等が辞職する時に於て、若し辞職し 侵略にせる防禦に 被告等の難矣は 叔

六條にヘミナ)表現此られる原則が採用されるならば、彼等の刑は免除せら 國際法上刑事責任ありと判定されねばならぬとしても、前記中國刑法第十 るべきものであります。 1 行爲の國 3 見るものはないでせう。然し検察側の論理より生ずる唯一の結論はそうな、 覺が告げたのでありませうか。或は古けねばならなかったのでありませう なかったなら、國際法上の刑事責任をも買いことになるぞと彼等の法律感 理由を有してゐ 0 正氣であるかぎり、國際法の大學者と雖も斯かる荒唐要精なことを夢 であります。 内法及が國際法上の正當性を信じたこと、又、斯<信ずるに妥當 たことを證明しました。たとへ彼等が或る事後法により 何れにせよ、當法廷に提出された證據は、 被告等が其の

(三十)上記第十五項参照

(麦) 國際法の問題は今暫く之を置き、 刑事責任を生ぜんがためには、

但

其

程度ラ

起工

9

ル行馬ハ

情狀二

因り其刑ラ减

軽又い免除スル

コト

7

對ス (王) 権 貴二 何 年 他 在 1) 利 = 1 り を要す 1. 日本刑 ル 生 あります。 7 帰ス 瑞西 避ク + 對 現在 ジタ 拢 雖 L 棄也 E 71) 1 ~ る N 法第三七 方法 自 + 法 爲 とする原則 害其 危難ヲ避クル爲メ巴 ン E 己ソ 第三四、條は 6.0) H= コ + 1 避 = キ危 権 1, ケケン 係はコ ラ 外 於て期野 利 期待ショ 難ヨリ ス旦 に付て簡単な トシタル 特 此 其ノ際ノ 自己又八他人,生命、 の原 = かる行爲を爲さぬことを期待し得る可能性の存 救刀馬メ馬シタル行馬八其八色 生命、 得サリ 則 害ノ ムコト を最も良く表現して居ります。 事情二 説明を シモノナルト 身体、 程度ラ ヲ得サ 自 取シテナ 試 超エザ 由 4 ル たいと存じま 身体 = キハ之ヲ罰セズ」との規 其ノ者三か成セラレ 名誉、 少場合= 出デ 自由若 タル 賕 產 限り 行 難が行 す。 ラ急迫ニ 爲 7, えョ 即 其 財 爲者 九三七 罰 行爲 產二 9 兰 ンレ テ

不可能な場合には刑事責任を問はない しと定めて居りますが、 問擬され てたる罪を犯さずして危難を避けることを期待することが 此の規定の土台となる思想も前記瑞西刑法と会 と云 ふにあります。

緊急避難の辯護に賛意を表するものが多い様である」と(=+1)。英國に於け を言渡すに違 1) 犯罪の に於て英國の判事は デセケニー教授日く 「然作ら緊急避難の辯護は、 3 て必然的に死が差し迫ると云ふ様な場合、若し科刑の目的が犯罪予防 0 切〈、 ものは役に立たないからである。多分此の理由により、 みに存するならば、 蓋し如 刑の最低限の定めある場合にのみ重要である。其 th 4 何 15 4 からで 问 る刑を以て威嚇し れも 犯人の ある。 行爲の禁止 とは云へ、禁世られた行爲をやらぬ結果 已むを得ざりし立場を斟酌し名義的な き法律 ても、 その威 15 艦 續しようとしても無駄 死刑の 啉 יוני 予 課せら 防の 9 米國では 效果を挙 他 れてねる 0 場 H1]

艺

彼

17

期特

する

全人

情に

反する無理な注文であるからであ

る緊急避難の 究局に於ては. のであります。 特護は大陸諸 瑞西 法 0 國 本 法に 0 加 く流布されてみないかも知 付て前述しを原則と全一の根據 机 da ٧ に立っ しても

に 除 切 1 者 (天) 全條に於て、 ノ親族 其 5 爲藏匿行爲 スル 更に、此の原則適用の例として、 ,中 コト = 孔 (手)、ケニー 子も シテ ヲ得 在 若 1) 論語 < 犯人 「本章ノ罪へ即ち犯 14 2 17 證 云. 又八逃走者ノ利益ノ ありま かって 據 湮 7 减 すが、 前 る位 父八 行 揭 爲 親なり 子ノ為 7" は 七 あ X 人蔵匿又は 七ー七 日本 1) 情 = 己む 妻なりが其の子又は其の夫の爲め 爲又二 刑法第一 隱 す。 八貝 に日まれずして馬すところで シラハ父 斯が 犯シタルト 證憑湮滅) 3 0 行爲 ノ馬 五條左引用致 17 ¥ 出て 隱 ハ其ノ 犯人又八 直キコ 刑 しま 逃走 ラ発 す

之と全様な法律は英国にも存在し は重罪共犯者とならないとされてなます。 により からであります(三二) 置されたとしても. 単なる庇護し てみます。 蓋し妻は夫を迎へ入れればなら 即方 0 みでは、妻は事後幇助者或 若し罪を犯した夫が妻

(三二)、ケニー、前掲、七三一七四頁:

然下ら、 重罪犯人たる妻を庇護する大は斯様な死除を受け

現行法は之が第三五の「法令又八正當」業務二因り爲シタル行爲八之》罪 (え) 令三從上其職務ラ以テ馬シタル右八其罪ラ 1. 12 ス" 」とする規定に包含せられると解して之を削除しました。右規定は一 同一原則の今一つの例として、 年 の瑞西 刑法第三二條が「法律又八公務上若ク八業務上」義務が命 ず、後犯となるヘケニー、 日本旧 前揭、 論ゼズレと定めてゐましたが、 刑法第七六條は「本属長官ノ命 八九貝)。

ズル行爲又ハ法律が許サレタルモノ若ク八處罰セザル モノト明言七行馬

重罪又ハ軽罪ニ非ズ」と云か所に該當するものであります。

(丰) 中國 の暫行新刑律に於ては此の種の規定がなかったのでありますが

行爲八 九二八 罰セズ」と規定せられ、 年の舊刑法第三五條 では 次で一 7 前屈上級公務員へ命令二依ルノ職務上

於て旧法第三四條及び第三五條を併せて次の如き規定が 九三五年の現行刑法第二十一條に 設けら れました。

即方、

「法令三依ルノ行馬八罰セズ。

所屈上級公務負ノ命令二依ルノ職務上ノ行馬ハ 罰セズ。 但シ明

ノ違法ラ知ル者ハ此ノ限リニ在ラズレ

ろことは明白であり 2 云 13. 1) 7. 药 11 な はせう。即 7 此 中 國 5 刑法第二一條第二項が次 其 クー は適法なる上官の命令に依る下 の二矣を意味

官の行爲は何等の犯罪を構成 しな いと云ふことであります。 其の 二は違法

16

上宫 か命令に依る F 官の行為 17 K 官が命令の題法性を 明 かい に 認 識

X 限 1). 之を處罰すべ かい らずと云かことであります。

(主) 此の臭に関し、 佈國 刑 法 は 第三二 七 條に於て「正當ナル官惠二依り 指

令セラレ 7 ル段人、 傷害及 世 段 打 重罪ョモ 軽罪ラモ 構成 ス N コトナシレ

とし、 第 -TI 條 に於て

官吏 政 府 職員若 八傳頁 シテ専横ナ ル 行爲又八個

=

人人

自由若

7

市

民 14 権或 1, 憲法 侵 害 スベ べ行為ラ 命ジ 又八爲シタ ル + + 公 推剝奪

刑 , = 處 12 ラ 11

但 シ服從ノ義新了 ル 上官?管轄事項二付キ其八命令二從上于為

か 證明也 7 9 ル 1 Ŧ / 其ノ刑ヲ冤除ス云ヤ」

K 規定 L て居り

三十日) 上の要件を備へて居たときは刑の軽減を認むべしとするものでありますへ 説であり、第三説は其の命令が適法な内容を有するものと見られ且っ形式 無責任を展々繰返し否定して來た米國判例(三三)の如き所謂「知慧の剣」 は上官の命令の適否を批判する権利へ或は義務?)ありとの理由で下官の ことを許さずとする立場から下官の無責任を主張するものであり、第二説 [主] 下官の刑事責任に関し、ドンヌディウド、グーブル教授は凡そ三説あ ることを挙げて居られます。第一説は下官に上官の命令の適否を批判する

(三三)ケニー 前掲、七三頁

(三一)ドンヌデイウドグ 六ーニ ーブル. 刑法綱要、 一九三七年、 = 四

ケニー教授に依れば、 四七頁。彼は第三説に左祖されてゐる様である。 英國軍事法規提要は、上官の特定命令が明かに

(重)

不當なもので にな 定 であ 者恕するか. 其の命令に反する行馬を下官に期待することは、 上官の命令が適法なりや違法なりや下官としてはつきり 項行上官の命令の違法性を明 無理だか 何等 リま ります。(三五) 總 す 51 ての疑 らであります。 か ない時に於て之に從った兵卒の違法行為を如何なる程度まで 蓋 疑 せだ「多少の疑義」ありとしてゐるへ第八章第九五條)そう 義 問 4 命令服從を本義とする更道、 カリ たー 斯様な立法に比較して、 あ 九 掃したのであります。 ば、 之を実行したとしても責任はない かに認識して行爲せる下官のみを處罰すると 前記中國刑法へ第二一條第三 されば、 殊に陸海 中 國法の考へ方に從へず 若し命令の違法性に 世故 軍の 場合に於 ときと雖も と云 ふこと

(三十五) ケニー、前掲、七三頁

D. D. # 3037

は邪悪性も非難可能性もなく、其の刑事責任を更除するものと解するので あります。 に斯かる行鳥を鳥さざることを期待することが不可能である鳥め、下官に ならば、下官の行馬も亦建法であることを認めればなりすせぬ。但し下官 七)、故に、其の論は謬ってゐると云はねばなりませぬ。上官の命令が違法 ある以上、「刑罰が適法な行為に結びつけられることはあり得ない」へ言 (三大)、違法命令を発した上官が其の命令の実行につき責任を員ふもので て「義務に適合する行爲は断じて違法をり得ない」と云けれてぬますが、 いて爲された行爲の違法性を阻却するものである」とされ、其の理由とし 規が命令の絶對的拘束力を承認するものなる限り、部下に對し、命令に基 他のにかっ リスト教授に依れば、「部下に對する上官の命令は、法

独逸刑法教科書、第二一一二二版、一九一九年

(三六)リスト、

第三五節一四六頁。

則 な 観念は必要的に善より急を有意的に選ぶところの自由意思に根本づけられ (まセイヤー枚授に依れば「非難に値すること、道德上罪あることと云ふ 断ぜられて居りますが、 = て居る。若し選択の自由即方自由な選択を行ふことを得る意思の常規性か = 非 11 の表明に外ならぬのであります。 ズシテ事 ならば、 ン 1 (三主)、マイヤ ル 上の 道德的欠陥を意味する犯罪性は存在し得ない」(三人)とされ、 実二於下道德上ノ選択が可能ナリシマ杏マニ存又」(三十九)と 判決も亦、「刑ノ減軽事由ノ真ノ判断標準八命令ノ存在 私の方へで 独逸刑法總則 14. 此等の言は何れも期待可能性の原 一九一五年、 三三四頁

(三八)セイマー、前掲、一、〇四頁

三九)二コルンベルヒ判決書、一六八八一頁

18

判 出來る。即ち一日本の法 (主さて、後来側は AL 地 場 告 1 (丟) W. たのであります。 所 るに反し、 位 す。 第 は 政府又は上官り命令に從 ニュル 正義の要求にかなかものと判定する場合軽減の理 其の責任を解除し又は 國 係で、 両 家 條 0 例 ンベルヒの判決は刑法上の此の原則 東京條例に於ては公的地位 龙首 に於ける此等 それ等は供合して當載判所條例第六條に該當する たると政 彼の裁判に於て考慮された関係 其の論告に於て、「被告を次の三種に分類することが 律の定むる所に依り政策々室に對する最終の義務 府各 の規定に見られる建異は、 課 って行動した事実のみが 刑を軽減するの理由 省の責任官更たるとを問けず被告等の公的 及び命令遵守事実 を國際法の分野にまで斎し 法規は其の條例第七條及 と看做されず、 軽减 ニュルベルヒ 由 となるところに 0 の理 町 者共に、 由と看做さ のであり 唯、 條例 裁 被

に對する義務又は責任を有してみた被告、三日本の法律の建むる所に依り 又は責任を有してなど被告、一最終の義務又は責任を有してみなか 義務又は責任を有してゐ れども、日本の法律の定むる所に依り從的又は中間的資格に於て政策々定 り目分自身を政策々是者と同一水準に置きしため事実上責任を負はせらる ものであることを既に論 て爲された彼等の行 日本の法律に從ひ又國際法に於ても正當視されるものと善意且安當に信じ 被告」(手え)と云はれて居ります。第一種に困する被告に関しては、 爲 11. 述致 遵法 なかったけれども其の爲したる行動及び声明によ 性 しました。 か認識 を阻 却し、 從て刑を死除せらるべき ったけ

(四一)記錄第四〇五四二一三頁

於て、 (えかかるに、 何人と雖も假りに 一九二八 年以 被告等の中、 來の十七年間に存在してゐた様な状況の下に 何れかの代りに其の仕に当ったなら

+

(元)さて、 行使 隔 意見ラ述ブ 又 可 連續的爆発き留め 13· 能 地 12 對 T) Z" 世 = ÍVI かい 腥 L シ忠順勤勉ラ主トシ法律命令二從上各其職務ラ盡スベン。 於ける多数の下原に對し直 んこと あ 11 ij 官吏八其 第 ル 戰 ます。 要する コ 二種 を望む 朝の不 ラ得 0 ろことは人間的に不可能でした. に、 卸ち、 被告に 可 職 0) 務二 14 避的結果を豫防し得る程 被告等に對して、 人間 7 関しては、 付本展長官ノ命令ヲ遵守スベン 第 一條 ٤ 接なる指揮监督をなすことも人間的に不 して余りなことではあ 凡以自吏八天皇陛下及天皇陛下 日本に於て官吏服務 國家的運命の在瀬を既 17 又 彼等の推力と注意とき y 满洲中國其他 # 世 紀律(四三) 但命令二 倒に ni. 對 返し の遠

政

K

を申立てま

す。

実に被告等とし

7

內外外

に於

ける永年鬱積した國民感

惰

ば

被

生の

実際

にな

L

たと

反對

のこと

iŧ

R

り得

なか

0

たであら

クと

云かこ

との規定であります。軍人の場合に於ては更に特殊嚴格な奉公の義務が

課せられ、上官の命に反抗し又は服災せざるものは陸軍刑法へ第五七條乃 至第五九條)、海軍刑法(第五五條乃至五七條)に依り抗命罪として嚴重

な處罰を受ければならなかったのであります。

(四三) 法廷證第三五一の號、記錄三四、〇〇三頁

20

D.D #.3037

文官も軍人も其の私的意見はともあれ之にそむく行動をとることは許され (里) は之に從小外、途はありません。て川は直接上奏まなし得る陸軍参謀総長 なかつたのであります。之に反する行為をなすととを彼に期待するのは誠 に不可能でありました。 国務大臣或は各軍又は極限司令官と雖も 味に於ては天皇の下僚であります。若し奉物命令が下されるならば、 よる刑事責任が存在すると想定しても、どの箇人又はどの團体に右責任を 理由は茲い存するのであります。 又は海軍軍令部長が軍事上のみならず政治上にも多大の勢成をもってみた 節属せしむるかと云かことになると下可能に近いのであります。 それは蓋 し二十世紀の日本に於てはオ一次大戰後の独逸の歴史に見らる、如き陰謀 假りに議論の為め、日本の政界又は軍部の誰かに國際法或け國内法に 何れいせよ。一旦上官が決定をなら又は命令が発せられた場合には、 此の意

か、官職の一つさへも得るに成功したものがないからであります。総ての 革命其他の不法手段によって向人も政府内に勢力を得たものがないどころ 陰謀で革命の計園は未前に防止されるか或は鎮圧で小すした。 誰が之を防 を超之たとか義務立包ったとか太かものはありません。えより彼等は日本 其の職に任ぜられたものであります。彼等の何れも、其の職の定でる権限 止又は鎮圧したかと云へは、現在此処に控へてゐる被告たちなめでありす (里) す。彼等け何小も其の経歴の当然方結果として国日本の法律及び慣習從ひ 証拠の示す所によれば、彼等の中にヒットラーもなければ、「我が闘争し の政治的構成に於て上層部に属してゐたことは確かでありますが、同時に 人氣や勢力は政府や軍部から得たものでなく、一般市民より由来したもの の記もなく、ましてナナの如き独裁党も存してゐなかったのであります。 さて、才三種に属する被告に関しては、彼等の有してゐたいくはくの

D.D. # 3037

聖 前記三種の被告たちを前追せんとする被察側の考へ方を基礎付けての 者がリットン報告によるも國際的犯罪として取扱はれないならば 何故 反抗せんとする輿論を反映した位のことでした。或は彼等として大東亜共 ことは一度もなかつためです。せいぜい、当時羽振をきかしてゐた官僚に るものは、國家が擬制的存在であり之に刑事上の責任を歸するかけに即か 栄圏とか亜細亜人の亜細亜とかを**夢見**てゐたかも知以ませんが、中國に於 であります。彼野は日本の政治上に其の意思を強行し得る程、勢威を得た 條約を破るものでなく、又公然たる侵略戦争を行かものでもない。 責任は めとする理念でありますへ四十三)。首席檢察官によれば、「國家自体は 前者のみを非難すべきでせうか。若し言論の自由が國内法に於ける人権の ける全國的排外運動に比較すいは見感に類する議論に過ぎません。若し後 一つであるならば、何故、国際法は之を抑止せんとするめでせうか。

常に人間と云小機関に在るし、四十四)とし、又「凡ゆる政治は人向の手 に依って行は川、総ての犯罪も亦人向に依って犯される。 個人の公的地位 と去ぶものは彼をして個人たることを失けしめるものでもなければ、又彼 の個人的不法行為に対する責在から適小させるものでもないしへ四十五、 とさいてぬます。斯かる考へ方は「法人には犯罪能力なし」とする法誌に 從つてゐるのでありませうが が法人の名の下に所轄裁判所へ起訴せられ、その結果法人財産に対し罰金 を科せらいるとなかことは既に法律の定むるところであるしへ四十六ンと ケニー教授に依水ば「今日に於ては、法人

女は小て居ります。

田十三) ジャクソン機事、「十千戰犯事件」、「九四六年、八二頁

W 十日) キーナン氏、胃頭陳述、記銭四七三頁

記錄四三四一四三五頁

罪に因り処罰せらるべき場合、軽罪なるときは五百帯以下、重罪するときは五 一番、英國に於ては 一八八九年解釈例へヴィクトリア 五二万至五三年度 する成文法の解釈に当って、「人」なる語は反対の意思の現は川てゐな サ六三号、ヤ二條)が、起訴又は即決処分により処罰せらるべき犯罪に関 教科書に依山は、 十年以下の罰金に处すとし、一九の一年のカリフオルニア刑法へオニ六條 法 (四十六) ケニー、前掲、六五一六六頁 律の思考にのみありうるものであるらとする理論の下に於ては、法人が ひしも 法人は自然人と全様に犯罪を為す能力ありと定めて居ります。 シャル判事の言を藉川は一法人は (ヤ十三條)が、凡兰法人にして自然人に付き自由刑のみに該るべき 限り、法人を含むものとすと定め、米國に於ては、一八八二年の紐育刑 斯かる立法は次の如く説明されてゐます。 可一個の擬制的存在で限に見えず唯法 即ち、フマー

罪責に往ずべきものなり必否必は疑けれたものであった。近代の學説け法 人を目して、一個の実在とし、或る目的の為めに法人格を與へちれ、法律 上の一個体として行為することを法律によって権能づけられて居る人間の 属丁る取締役又は役員に依つて認可さ小たものなるときは、取締役又は役 員の意思は法人の意思と看做さるべきものである。法人の取締役又は役員 け自然人たる本人に対する代理人以上の者である。彼等は法人に同化し、 而して法人の活動に必要なる心的要素を供給するものであるしへ四十八 「團と做す傾向にある」へ四十七)と説き、更に「行為が法人の権力の歸

と述べて居ります。

、四十七)クラーク、マーシャル 「刑法論し T 四三夏 ヤ四版、

全前

D. D. # 3037.

意味する。ステートの語は更に特別の意義として、國際的に、一定の領土

き永続的に占有し、共通の法及び習慣により政治團体を結集し、組織的政

府を有し、他國とか交際をなすことの出来る人々の一園を去ふしとへ四十 九)。

宝 法人が國内法に基立法人格を有するに対し、國家が國際法及が國内法 去ひ. 言語及び習慣の共通社会により通常特徴付けられてゐる同一民族を ネーションと云小言葉は厚々同義に用ひられてゐるが、嚴格に云へば、ネ に依り法人たることは疑いないところであります。或る経済的又は社会的 ものではあり得ないのでせっか。ハックワーズに依山は、「ステート及び を執り得るものならば、何故に國家が法人以上に実在であり能力を有する 結合によって出来上ってゐる園体に過ぎない法人が実在であり、 ーションの語は其の語原へ生れる) が示す通り、発生又は起原の関係を 刑事責任

聖六法人は其の主権立行使し得る土地も人民も有することなく、比等主結 合する自然的近似性をも持つてゐず、唯、何時でも変更又は松葉し得る特 種の目的を存するのみである。然るに、國家は運命付けられた存在であり、 何人と雖も、例へげ十七年间に相次いで起った十七の内閣でさへも、之を 変更し物葉することを得なかった道程を辿るものである。 株主は其の好き 程に依つて履行せら川或は違背せら川るのである。若し國家が戦争に敗川 的の義務は國家の名の下に依るのみならず、國家の運命的に定められた道 り課せられた彼等の義務より逃げ出すことは出来なかったのである。 な時機に於て法人の株を賣却することが出来るが、被告等け其の國家によ 於ける國家の責任に対する刑罰ではないめでせうか。國家の主権が國際法 (四十九) ハックワース、前掲、ヤ一巻、四七頁、 川ば、償金を支帯ふか領土を割譲することになる。 斯様な措置は國際法に 國際

D. D 3037

歸属せしむべきではないとなかことを次の理由により主張するものであり の制約下にありとしても、國際法に於ける責任は如何なる箇人にも直接に

三 一九四七年日本法律十一二五号、即方國家賠償法と称するものへか 條)は次か如く定めて居ります。即ち、

7. 共團体が、これを賠償する責に任する。 「國又は公共團体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うにつ 故意又は過失によって違法に他人に損害を加之たときは、國又は公

又は公共團体は、その公務員に対して求債権を有するし 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があったときは、 國

目的のため立法されたものでありますが、然も、公務員がその公務執行に と云ふのであります。之は日本の法律及び政治制度を民主化せんとする

除し遺法に與へた損害に付き、被害者より右公務員に対する直接の請求権 降 平、他方に於て、一九二一年のジョンストン対ペドラー事件に関する英國 を認めて居りません。此の解釈は、 定け、公証人、市町村長、登記官吏又付執達吏がその故意又は重過失によ 証法中五三二條を廃止した事実により確認することが出来ます。此等の規 り損害を受けた者に対する直接の責任を定めたものでありました。 出すことは出来方い。皇帝に不法行為をなすを得ず、又不法行為上の討追 蘭にも変蘭にも適用せられる我が國の院定法として、身体財産に対する不 上院の判決に際し、フィンレイ子爵は次の如く述べて居ります。即ち「英 をさいることがないのです 公行為に付ては、 公証人法十六條、户籍法中四條、不動產登記法十二條、 不法行為者は皇帝の命により之が為さ山たと太小抗弁生 う、一為正なした者が、他の一般私人と全 全法附則が一九四七年十月二十七日以 及び民事語

D. D # 3037

クワース、前掲、十二巻、一六頁に引用

フィンク対内務大臣事件に於て、原告は一九一四年十月前、

(咒)

・此の場合、その行為は國家の行為として、國内裁判所が判定し得ないもの 年の有名なビュロン対デンマン事件(エクスチェカー、二巻一六七頁)によ 其他の手段により英國政府に救済を求めぬばならぬ。此の原則は一八四八 り確立と川てみるし(五十)と云ふめであります。 じく、損害賠償の責に任するのである。然乍ら此の法則は、外國に於て外 と看做で引るのである。損害を蒙った外國人はその所属國政府を通じ外交 小たこと、 裁判所に討訟が提起されるなら、被告は、行為が英國政府の命により為さ 國人に対し為された行為の場合に、制限を受ける。若し斯かる場合英国の (五十) 控訴事件、二巻、二六二、二七二、二七二、二七五頁、ハツ 又は行為の後、英國政府が之を追認したことの抗弁をなし得る。

6

埃及カイ

判所 六日 家の行為しと称せられ、 議決定は埃及と独逸との交戰狀態に基いて為されたものであること、宣戰 大臣により行使せられること、從つて、右決定は之を為すべき権限ある唯 の書籍商でありましたが、その財産の没収及で使用人の捕縛並に追放によ むる前訟原因となり得ないことを言渡したのであります(五十一)。 か告け法律上、主権の行為であること、主権者の有する石権限は其の国務 防衛を英軍司令官に依頼したのは無效であると申立てすした。挨及混合裁 る損害賠償を埃及政府に請求し、その理由の一つどして、一九一四年八月 の当局者により為されたものであること、法律上、此の種の行為は ヘ五十一) の埃及政府阁議決定が、英國と交戰狀態にある國の侵略に対し埃及の のカイロオ一審裁判所は右損害賠償の請求を棄却し、理由として、 挨及混合裁判的我才十五卷八一九二四年十一月—一九二五 原則としてえより生ずる損害に関しては賠償を求 フ國

2

D.D. # 3.037

となけれて居ります。

(五十二) 控討事件、五八六頁、五八九頁、ハックワース、前掲、オ

ワース、前掲、ヤ二巻、一九頁に引用。 年十月)、八二頁 國際法英國年鎰(一九二五年)、二一九頁、ハック

人の審理並に処罰は各國の國内法に安心ら川てゐるのである」へ五十二) 法として其の手段を有してゐない、此等が犯罪を構成するとの認定及び犯 決によれば、「国際法により定められた犯罪を審理し処罰することは国際 ことになってねます。一九三四年の「国際法上の海賊に関する」事件の判 べく、その軍隊を構成する人員により為される総ての行為に付き責を員か にして陸戰法規慣習に與する規定を侵すものは必要に應じ賠償の責に任ず ありません。一九の七年海牙中四條約の前文(十三條)に依以は、交戰者 此の國家行為なる原則は、民事たると刑事たるとを向はず、異る筈が

PURL: http://www.legal-tools.org/doc/0eb9a3/

一巻、三八頁に引用。

至 さ川げ、假りに、被告等が其の公務執行につき故意又は重過失の罪あ リとするも、 タ一般慣習ノ証拠トシテノ國際慣例。三 文明國ニョリ記メラレタ法律ノ 即方「裁判所八、 した彼等に、どうして國際法上の責任が課せられるのでありませうか。兹 ひ、又國際法の現行法規に合致せることを真実安当に確信して公務を執行 る責任をも直接に負ふものとは認めないのであります。然らば、國法に從 に於て、國際司法常設裁判所條例(ヤ三八條)を引用したいと存じます。 メラレタ法規ヲ設定セル特殊又ハ一般ノ國際條約。 般原則。 最高學者等ノ判例及ビ學說 四, 中五七條/規定二從上, 法則決定/補助手段上シテ, 各國 國際法上の通説は総て、 左ノモノヲ適用スル。 右ノ規定ハ、当事者が合意セル場合、 彼等が外國又は外國人に対し如何な 一 許訟当事國ニョリ明カニ認 (二法トシテ記メラレ 裁判

D.D # 3037

ります。

ます。 平二若し先例なきに拘らずへ五十三)如何にしても此等の被告を其の公務 所が衡平安当八趣旨ニョリ判決ラ為スゴトラ妨ゲナイト 適用せらいるべき國際法は、 願であります。ホルツワース教授は「原始人は文明國に似てゐる」と批評 に於ける上述の基本的原則を、考慮に入れて載きたいと去ふのが、 ならば、裁判所は「文明国ニョリ認メラレタ法律ノ一般原則」、殊に刑法 としで為したる行為に付き、國際法上直接に裁判せゆばならぬものである され、古代の刑法と今日の國際法とを比較されてゐますが、当法廷により た法律感覚に決して背反しないものであらうことを私は確信するものであ 近代文明國の刑事立法により発展せしめられ となふめであり 私の念

以上